

## NUEVAS PAUTAS INVESTIGATIVAS EN LA CIENCIA JURÍDICA (DERECHO: LEY Y CIENCIA, SOCIEDAD E HISTORIA)\*

### NEW RESEARCH GUIDELINES ON THE STUDY OF LAW. (LAW: RULE AND SCIENCE, SOCIETY AND HISTORY)

PATRICIO-IGNACIO CARVAJAL\*\*

Estimados señores:

Parece a lo menos curioso –si bien afortunado, por lo que lo agradezco profundamente– que la Directora de tan importante Revista me haya cursado esta gentil invitación para referirme a las “*Nuevas Pautas Investigativas en la Ciencia Jurídica*”; pues, en mi condición de *romanista*, pareciera difícil hablar de algo “*nuevo*”. Por fortuna, esta dificultad es solo aparente: las limitaciones pueden provenir, por cierto, de las debilidades de quien les habla, pero en ningún caso de la *ciencia romanista*; la cual provee varias consideraciones de importancia que pueden ser expuestas para el interés general de la *ciencia jurídica*.

#### 1. EL PUNTO DE PARTIDA. DERECHO: LEY Y CIENCIA, SOCIEDAD E HISTORIA

El Derecho Romano informa el Derecho actual. Y, desde luego, no solo el nuestro, sino que su influjo puede considerarse –hoy con más claridad que nunca– planetario. Vale la pena, por lo tanto, echar un vistazo panorámico y sintético a las razones de este éxito sin par.

El Derecho Romano no es solo, desde una perspectiva histórica, un Derecho “causante” o “antecedente” de los nuestros. No es, en fin, ni mucho menos solo una “causa remo-

ta”. Si bien puede decirse, con razón, que es el “principio” cronológico, incluso desde esta perspectiva esto no es todo. Al igual que la imagen de los *corsi e recorsi* de Vico, el Derecho Romano es un modelo de primera importancia que, con vocación de hacerlo en diversas formas Derecho vigente, ha sido sucesivamente retomado –y, por tanto, reactualizado– en varios momentos importantes de nuestra historia, incluso reciente. Así, es un principio, sí; pero, a la vez, varios deslumbrantes momentos intermedios más. Pero hay todavía mucho que decir. El Derecho Romano es también un principio lingüístico, semántico, lógico, normativo, institucional y sistemático del Derecho Moderno. En fin, el Derecho Romano –y de aquí el valor ejemplar de aquella *experiencia jurídica*– es ante todo un Derecho que, en muchos modos, vive en el actual.

No me puedo detener aquí sobre cada uno de los atributos recién mencionados. Sólo debo aclarar que lo dicho no es ningún juicio de valor personal, sino, como se sabe, una constatación de “*hecho*”. Y averiguar por qué esto ha sido así, resulta relevante si se quiere hablar –en pocos minutos– sobre la Ciencia Jurídica y su investigación hoy.

Es cierto que el gran Savigny, en su *Metodología*, plantea el conocimiento del Derecho como un problema de transmisión de textos. Tal como se constata con facilidad, los textos romanos han pasado de generación en generación hasta ser recibidos, hoy –las más de las veces casi intactos–, en nuestros propios Ordenamientos. De hecho, algunos insignes juristas del siglo XX, como Wieacker, han realizado infatigables estudios directamente orientados a la historia antigua del texto –a sus estratos editoriales, *Textstufen*–, como vía indispensable

\* Texto extractado de la primera parte de la conferencia ofrecida por invitación de la Sra. Directora de la *Revista Chilena de Derecho*, Prof<sup>a</sup>. D<sup>a</sup>. Ángela Vivanco, con ocasión del Simposio de Celebración de los 35 años de la *Revista Chilena de Derecho*.

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Correo electrónico: carvajal@uc.cl

para el conocimiento especializado del Derecho. En fin, todos estos esfuerzos no son nada nuevos: se enlazan con el empeño iniciado por Irnerio, en Bolonia, y en el cual han perseverado, sin solución de continuidad, todas las sucesivas y diversas escuelas que consideraron el *Corpus Iuris* de Justiniano, precisamente, como *ratio scripta*. De todos ellos, eso sí, merece, un reconocimiento explícito los humanistas, del siglo XVI, y los juristas alemanes, del XIX, por su preocupación editorial.

Pero esta sola constatación –la transmisión de textos–, solo da cuenta de las circunstancias externas, visibles, del fenómeno que técnicamente llamamos “recepción del Derecho Romano” o “tradición romanista”. Queda hasta el momento inexplicado por qué corrieron esta suerte solo las disposiciones romanas, y no otras; por ejemplo, las asirias, fenicias, egipcias, griegas, etc.

Efectivamente, muchas sociedades anteriores, contemporáneas y hasta posteriores a Roma –pensemos especialmente en la América Precolombina–, han contado con normas reguladoras del comportamiento individual en las relaciones sociales. Es más, muchas culturas las han escrito. Piénsese en dos monumentos tan distintos como el Código de Hamurabi o el de Gortina. Así, queda en evidencia que la sola “textualización” del Derecho no entrega por sí misma las razones del éxito exclusivo del genio jurídico romano. Y es que el fondo de la cuestión no se encuentra en la letra del *Corpus Iuris Civilis*, sino en primer lugar, en sus procesos de fundamentación o, quizás mejor, de elaboración.

Esta sustancia implícita del *Corpus Iuris* viene dada –como explica Schulz– por el trabajo de un grupo de individuos que no tuvo parangón en ninguna otra cultura de su época. Un tipo de “profesionales” –en el más profundo sentido de la palabra–, al cual –a pesar de tratarse de laicos en la época de mayor fecundidad–, Ulpiano no tuvo reparos en llamarlos “sacerdotes”: los juristas.

De este modo, si bien otras sociedades tuvieron normas sociales de conducta individual –ya en el modo formal, legal, ya en el modo material y rudo de la costumbre–, ninguna contó con un conjunto de personas dedi-

cadas en exclusiva a reflexionar, con espíritu pragmático, sobre “lo jurídico”.

De hecho, en la *experiencia jurídica romana* se estableció una neta distinción entre las “*leges*”, normas de origen “estatal”, y los “*iura*”, la doctrina de los juristas. Se trataba, para ellos, de dos ámbitos de naturaleza bien diversa. Es más, fundamentalmente gracias al trabajo de Rotondi, sabemos que el Derecho Romano, en su etapa más creativa, casi no contó con leyes (de Derecho Privado). Esto, al punto de que Schulz sintetizará con singular acierto y éxito la situación romana por medio de su afamada frase: “*Das Volk des Rechts ist nicht das Volk des Gesetzes*” (“El Pueblo del Derecho no es el Pueblo de la Ley”, *Prinzipien*, 1934).

El *Corpus Iuris*, finalmente, siendo un todo único, no vale tanto por sus *leges* como por sus *iura*. En consecuencia, volviendo a nuestra cuestión del éxito de los textos romanos, será el conocimiento del Derecho, la *scientia iuris* de los juristas, la nota distintiva que dotará de tal envergadura intelectual al monumento legislativo de Justiniano, que este se impondrá, sí, impondrá –pero no con autoritarismo, sino con autoridad (Díez-Picazo)–, a las *experiencias jurídicas* sucesivas, hasta llegar a nosotros.

Tratándose la *scientia iuris* (Ciencia del Derecho), entonces, de una actividad “profesada” por un grupo definido de particulares –juristas–, esta fue más bien una “reflexión libre y seria sobre el Derecho”; y más que una “ciencia”, una “conciencia del Derecho”. “Conciencia” que se desarrolló, primero, en los colegios de los pontífices; más tarde en escuelas tardorrepublicanas y de inicios del Principado; y, desde la época bajoimperial hasta hoy, en las Universidades. Nosotros todos, la comunidad científico-jurídica actual, somos, por tanto, un último –aunque pálido– eslabón de esta cadena.

Así, pues, si bien los textos normativos han sido y son una base fundamental de nuestro trabajo, no son en sí ni el límite de nuestro quehacer ni –y aquí lo más importante– nuestro fundamento como ciencia perenne; como conocimiento de traza casi tres veces milenaria.

En consecuencia, es cierto que en las Universidades, hoy, se estudia textos legales.

Pero su valor no está ni en la redacción ni en la enunciación misma de cada disposición. El texto y la propia formulación de la norma no son más que un vehículo. Lo relevante radica en el razonamiento subyacente, en su calidad intelectual: en fin, en su *Ciencia*, en su *Jurisprudencia*. Tal como señala el brocardo acuñado en Francia, el Derecho Romano trascendió al propio pueblo que le dio origen *non ratiōne imperii, sed imperio ratiōnis* (“no en razón del Imperio, sino por el imperio de la razón”). Es más –para cerrar el cuadro–, no puede dejar de recordarse que en las Universidades, hasta época Moderna, se prescindió absolutamente del uso de textos legales “nacionales”, considerados de evidente inferior calidad, para la formación del abogado.

Con lo dicho hasta aquí, no quisiera dar la impresión de que sigo al pie de la letra la visión de Koschaker, en su *Europa und das römische Recht* (“Europa y el Derecho Romano”, 1947). Para él, hay dos vías de transmisión del Derecho Romano: la legal y la profesoral. Pero, si bien esta distinción resulta ilustrativa, se debe matizar –tal como lo ha hecho Bellomo–, señalando que ambas vías no se encontraban completamente incomunicadas. Lo cierto es que los funcionarios, encargados de administrar justicia y de elaborar las leyes, se formaban en la Universidad. De modo que hubo constantes influencias recíprocas. Pero el solo hecho de hablar de mutuas o recíprocas influencias nos permite, eso sí, distinguir conceptualmente estos dos ámbitos. El ámbito legal, propio del mundo político y mercantil, y el ámbito científico, propio de la Universidad.

Queda así desvelada –en la medida de mis posibilidades– una primera parte fundamental para comprender el fenómeno jurídico: la necesaria articulación entre la *Ley* (el texto legal) y la *Ciencia* (desarrollada por la jurisprudencia). Dos extremos entre los cuales hay que reconocer la preeminencia del segundo.

Digo que se ha desvelado una primera parte, pues hay que considerar, como segunda, algunos otros elementos; en especial: la *Sociología* y la *Historia*.

Para referirme a esto, acaso convenga aclarar, antes, que no es abusiva mi identifica-

ción entre juristas y Ciencia del Derecho. De hecho, el sintagma mismo, “ciencia jurídica” –*Rechtswissenschaft*–, nace en la Universidad alemana, a fines de 1700 o principios de 1800. Así se observa, por ejemplo, en el capítulo “Derecho Científico” –*wissenschaftliches Recht*–, de la obra capital de Savigny: *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema del Derecho Romano Actual, desde 1841). Ya en anteriores escritos, el propio Savigny también había identificado *Rechtswissenschaft* (Ciencia del Derecho) con otro concepto más amplio: la *Jurisprudenz*, vale decir, la Jurisprudencia. En realidad, Ciencia Jurídica y Jurisprudencia –en el sentido de doctrina–, aparecen hasta hoy como términos sinónimos.

Pero a la época de Savigny, la Jurisprudencia y la Ciencia del Derecho aparecen adscritas a un contenido que se refería a un conocimiento abstracto, demostrable y atemporal. Se trata de una mirada estática del Derecho, mientras la realidad que regula es dinámica. Este fue uno de sus principales problemas. Se operaba bajo el prejuicio de que una Ciencia del Derecho, para ser tal, debía imitar el modelo de las ciencias naturales hasta el punto de encontrar las características formales de exactitud de sus razonamientos, demostrabilidad de sus proposiciones y estabilidad de sus principios (Waldstein). Por cierto, esto se coordinaba muy bien con la vocación universalista y rígida provocada por la previa inmiscución en el Derecho de las perspectivas teológicas y morales, bien absorbidas por el racionalismo; todo lo cual había conspirado para la arbitraria incorporación de un método lógico deductivo a un Derecho cuyo origen había sido casuista e inductivo. Así, terminó por elaborarse un mundo jurídico de una admirable y precisa lógica interna: la *Begriffsjurisprudenz* (Jurisprudencia de Conceptos) –precedido por la preeminencia de la voluntad individual, que ya venía fraguándose en el iusnaturalismo y el iusracionalismo de los siglos XVII y XVIII–. El problema radicaba en que dichos conceptos, mientras respondían espléndidamente a su flamante lógica interna, operaban con un despotismo tal que descuidaban del todo la realidad material. Así, esta quedaba sometida y hasta anulada. Con ello, el fin pacificador del

Derecho en las controversias concretas quedaba, en realidad, olvidado del todo.

A esto sobrevino la reacción de otro insigne romanista, Ihering (germen de la posterior Sociología del Derecho), quien –en todo caso, con buena parte del aparato doctrinal anterior– no ve en el Derecho más que la victoria de unos intereses materiales en juego por sobre otros. De ahí el nombre de la escuela por él fundada: *Interessenjurisprudenz* (Jurisprudencia de Intereses). Una posición que en todo caso, no era menos positivista ni científica que la anterior; solo que ahora se basaba en una mirada evolucionista de la sociedad, entendida al estilo darwiniano. Una vez más, el núcleo más puro del Derecho, la solución justa de controversias concretas, quedaba en un segundo plano ante el afán científicista y los discursos generalizantes.

Todas estas vicisitudes –a las cuales habría que añadir otros múltiples factores que aquí no se puede desarrollar–, darán lugar, más tarde, al Derecho entendido como un simple conjunto de normas abstractas: el “*normativismo*”. Y, lo peor, se avanzará hasta la idea de que las normas solo pueden ser establecidas por el Estado; concretándose la más salvaje reducción del Derecho a la Ley estatal. Para ilustrar el profundo calado de esta doctrina, me permito observar que, incluso hoy, algunos ven la Historia del Derecho como la Historia del Estado y la Política; posición a la que subyace, justamente, el presupuesto de que el Derecho se reduce a la Ley, y, por tanto, su Historia se reduce, también, a la de su gran y único emisor. Una de las principales expresiones de este normativismo positivista será la fundamental obra de Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1964), en la cual la norma puesta por el Estado se considera la sustancia única del Derecho, y se la presenta como un conjunto –un Ordenamiento– ordenado a la manera de una ciencia geométrica, tan perfecta como cerrada al mundo exterior.

En honor a la verdad, ningún jurista actual puede dejar de reconocer la gran importancia de todas estas doctrinas. Pero, sin duda, la situación había llegado a un extremo pernicioso en estos cultores de la “Ciencia (natural) Jurídica”.

Por fin, este normativismo abstracto fue contestado por otras doctrinas. Me refiero especialmente a la “*doctrina institucional*” o “*doctrina del Ordenamiento Jurídico*”, en la que el término “Ordenamiento Jurídico” será entendido de una manera totalmente diversa. Lo comienzos se pueden observar en el trabajo del pandectista Gierke; pero sobre todo, ya en el siglo XX, en Francia (Hauriou, Renard, Gurtvitch), de donde se toma el viejo concepto de “*institution*” para presentar un giro de 180° respecto de la visión normativista. Si antes se había dado vuelta la espalda a la realidad y se había mirado exclusivamente al mundo ideal de las normas, ahora se daría la espalda a la abstracción para situar las relaciones sociales como el núcleo del Derecho. Esta idea de *istituzione* fue asumida en Italia, sobre todo por Santi Romano. Se trata de una visión –alabada por el romanista y iusfilósofo, Orestano– que trata de determinar el fenómeno jurídico en el fenómeno socioinstitucional, así como distinguir el uno del otro. No se trata, esta vez, observar la realidad bajo el prisma del evolucionismo darwiniano de Ihering; tampoco está presente la idea de lucha social ni de prevalencia de intereses. Esta vez se mira a las concretas relaciones sociales. Todo ello, sin olvidar –a diferencia de corrientes anteriores– que se trata solo de una “noción” –vacía, por tanto, de todo contenido ontológico–; es decir, sin una existencia en la realidad, sino solo con una función instrumental.

Una expresión peculiar y de gran trascendencia de esta doctrina institucional es –a mi juicio– la elaborada por el gran romanista y civilista, Emilio Betti. Él centró la atención en los límites articulados entre “lo material” –“lo económico”, con lo cual precisaba acaso mejor el fenómeno jurídico en los postulados de la doctrina institucional– y lo propiamente “jurídico”. Así, vio la luz la doctrina conocida como “método de la economía”: las instituciones jurídicas valen en cuanto cumplen una función en la realidad económica. De este modo, la articulación lo lleva, por ejemplo, a establecer la causa del contrato como su “función económico social”; y más profundo aún es su empeño por distinguir –con Carnelutti– la relación entre el “conflicto económico” y el “conflicto jurídico”.

Con todo esto, se vuelve a ampliar el horizonte jurídico para abarcar tanto las normas como el trabajo de los juristas, pero todo ello, en su contexto *social*. Por ejemplo –siguiendo en esto, poco más o menos, a Díez-Picazo–, hay “conflictos económicos”, como la disputa de dos galanes por un novia; y otros “conflictos jurídicos”, como los de dos esposos de una misma cónyuge. En ambos casos hay un conflicto de intereses, pero solo en uno de ellos existe una tutela jurídica. La decisión de otorgarla “antes que de los mandatos y de los textos, es obra de la fuerza de irradiación que poseen las creencias y las convicciones profesadas por la comunidad o grupo social, dentro de la cual el conflicto en cuestión se produce”.

Más “progresiva” aún parece la mirada de Orestano, quien prefiere –como yo– el concepto de *experiencia jurídica*. Concepto que se compone de tres elementos: las normas jurídicas, en el sentido normativista; las instituciones, en el sentido social “institucionalista”; y, asimismo, la *scientia iuris*: el trabajo de los juristas con todo su arsenal de reglas lógicas, principios, normas, reflexiones y reflexiones sobre las reflexiones. Con ello, viene a cerrarse de mejor manera las bases, los “puntos de apoyo”, del trabajo del jurista. Pero añade algo más.

Una vez conectados Ley, Ciencia y Sociedad, Orestano incorpora la constatación de que la realidad del Derecho no es estática sino dinámica. Con ello, resulta entonces necesario incorporar la Historia: aplicada tanto al Derecho mismo como al jurista que lo estudia.

Para explicar esta última relación entre Sociedad e Historia puede aludirse a la frase completamente aceptada: “cada Sociedad tiene su Derecho”. En principio, merced a este presupuesto, el estudio del Derecho Romano, al igual que el de toda la Historia del Derecho Privado e, incluso, la del Derecho Comparado, pareciera carecer de todo sentido. Si cada Sociedad es peculiar, entonces estos esfuerzos parecerían inútiles. Así, el Derecho Romano sería el Derecho de los romanos, el cual no nos interesaría más que como una curiosidad, bastante erudita, pero jurídicamente –pragmáticamente– superflua.

Sin embargo, aquí el jurista se enfrenta a un nuevo “hecho”: la evidente conexión entre

las figuras jurídicas romanas y las de la historia sucesiva; y, por ello, entre las de nuestro país y las de otros. Vemos, como ha observado el colega Baldus, que las figuras jurídicas individuales se van “abstrayendo” en un momento de la Historia y “resubstanciando” en otro; viajando, así, incluso desde una parte del “Sistema” para relocalizarse en otra; y, esto, mientras a la vez atraviesan de una Sociedad a otra. No es que se niegue, entonces, que “cada Sociedad tiene su Derecho”, sino, por el contrario, esto se afirma. Por supuesto, como efectivamente “cada Sociedad tiene su Derecho”, la figura jurídica “abstraída” responde a una peculiar realidad social, al igual que la figura jurídica “resubstanciada” también presenta los caracteres propios de la Sociedad receptora. A esto seguramente se refiere Crifò, cuando señala que, desde la perspectiva histórica, el Sistema influye tanto en sus piezas como las piezas en el Sistema. Y por ello es que el romanista no es un anticuario deslumbrado con las “piezas” descubiertas, sino un jurista actual permanentemente preocupado por los sucesos que le rodean. El romanista realmente está en la búsqueda de soluciones a los problemas de su propio tiempo cuando aborda con inquietud las contribuciones de la experiencia “matriz” romana, las diferentes experiencias pasadas de tradición romanista y las contemporáneas –sí, todo esto forma parte de nuestro trabajo–.

También este “hecho” del avance de las figuras jurídicas a través de abstracciones y resubstanciaciones sociales –según decía Baldus– nos mueve a afirmar otro aserto de Orestano. Mientras en las ciencias naturales el conocimiento es un proceso progresivo de acumulación, donde el conocimiento antiguo es superado por el nuevo –y por tanto aquel es desechado–, en la Ciencia Jurídica esto no opera así. En nuestro oficio las condiciones sociales no son constantes sino variables que se desenvuelven de forma “caprichosa” –impredecible–. Por ello, lo que hoy sirve, tal vez no sirva mañana y sí pasado, pero no por su constitución técnica, abstracta, sino por su incardinación social. Asimismo, si pudiéramos llevar una sofisticada institución actual al pasado, tal vez no funcionaría. Todos los momentos de las

historia jurídica son relevantes, en consecuencia, para buscar la solución posible a nuestros conflictos. De ahí el primer “*hecho*” aludido, los *corsi e recorsi* del Derecho Romano. Y de ahí, también, el carácter de jurista –pragmático– del romanista.

Una preocupación limitada a las solas normas o a las solas conductas sociales nos impide ver el fenómeno jurídico en su totalidad. La sola contemplación de las especulaciones de los juristas nos hace filósofos, políticos o teólogos –de poca monta–. Y la división temporal, por ejemplo, entre el romanista y el civilista actual, en la medida que limite las respuestas de nuestra investigación, nos hace, simplemente, quedar en evidencia de nuestras pobres carencias.

Ley y Ciencia, Sociedad e Historia, son todas preocupaciones principales de cada una de las investigaciones jurídicas que aspiren a ser de provecho.

Pero un asunto más se debe aclarar. Como dice D’Ors, “(e)l estudio del derecho es un estudio de libros y no de cosas, fenómenos o números; no necesita aparatos ni laboratorios. Pertenece a las Humanidades y no a las Ciencias Sociales”. Tanto las normas, como las relaciones sociales, como las reflexiones de los juristas, todas ellas, se trasladan a través de libros. La palabra es indispensable en el Derecho –como bellamente explica mi maestra salman-

tina, Amelia Castresana–. Y es que en cuanto situamos el Derecho dentro de la Historia, nos preocupa más lo que se ha pensado sobre la realidad, que la realidad misma –tal y como es propio de las Humanidades–. Ahora bien, para quienes no creemos que el Derecho se restrinja a la idea de Savigny, frente a la proposición de D’Ors debemos decir que “*el estudio del Derecho es un estudio de libros, pero no solo de libros de Derecho*”, que “*nuestro laboratorio es la Historia*” y que “*la validación de nuestros instrumentos viene dada, ante todo, por la virtud práctica de la prudencia*”. De hecho, así tal cual se denomina nuestro trabajo: “*Jurisprudencia*”.

De aquí la importancia del libro y de las revistas jurídicas. Estas, además de medio único, nunca pierden su valor para explicar la realidad jurídica. Por ello es que, mientras el afán de novedad de otras ciencias –y de otras técnicas, que pretenden disfrazarse de tal con el manto de la interdisciplinariedad– clama por renovación en sus pasajeras estanterías, el Derecho clama por la permanencia de sus libros. Toda investigación jurídica que pretenda ser de provecho debe volver sobre los pasos de nuestra *scientia* –fundadora de la propia Universidad–; pues es bastante probable que encuentre sus respuestas allí, en sus escritos tres veces milenarios. Estas consideraciones conforman, en mi opinión, las nuevas pautas de la investigación jurídica.